

MARÇAL JUSTEN NETO

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE
SERVIÇO PÚBLICO**

CURITIBA
2002

MARÇAL JUSTEN NETO

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE
SERVIÇO PÚBLICO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de
Graduação em Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. MARÇAL JUSTEN FILHO

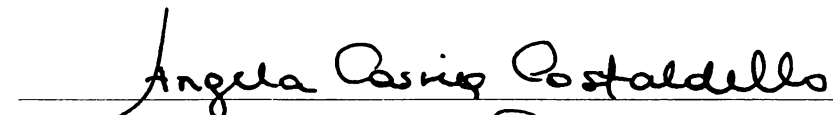
CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

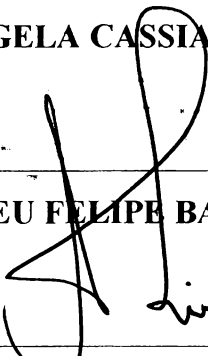
MARÇAL JUSTEN NETO

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Professora Doutora **ANGELA CASSIA COSTALDELLO**



Professor Doutor **ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO**



Professor Doutor **ABILI LAZARO CASTRO DE LIMA**

Curitiba, 20 de novembro de 2002.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
PARTE I – CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	1
I.1 PRESSUPOSTOS GERAIS.....	1
I.2 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	5
I.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	8
I.4 TIPOLOGIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
PARTE II - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	14
II.1 PRESSUPOSTOS GERAIS.....	14
II.2 CONCEITO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	17
II.3 NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	19
II.4 CARACTERÍSTICAS DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	20
II.5 VÁRIAS MODALIDADES DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	25
II.6 OS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGÁVEIS POR CONCESSÃO.....	26
PARTE III – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....	28
III.1 CONCEITO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO.....	28
III.2 INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	30
III.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	35
III.4 CONFIGURAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	39
III.5 HIPÓTESES DE RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO.....	41
III.6 PROTEÇÃO CONCRETA À EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	45
III.7 INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO NA INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	51
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

RESUMO

Esta monografia versa sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público no Brasil. Assim, parte-se de uma abordagem ampla a respeito dos contratos celebrados pela Administração Pública, campo em que se insere a concessão de serviço público. A análise das principais características desse instituto é ponto fundamental para que se possa compreender o alcance da intangibilidade da equação financeira. Por isso, o presente trabalho apresenta os contornos da concessão e sua configuração no direito positivo brasileiro. A partir desse estudo, dedica-se atenção ao equilíbrio econômico-financeiro, compreendida como a manutenção da relação entre encargos e retribuições do contratado. Considera-se a intangibilidade da equação financeira verdadeiro princípio inerente à concessão, devendo ser garantida em função de expressa disposição constitucional. Assim, procura-se determinar a composição da equação financeira, as hipóteses em que o equilíbrio é rompido e os mecanismos de proteção concreta (preventiva e repressiva). A intangibilidade da equação financeira é imposta, além disso, pelo interesse público, na medida em que haveria inúmeras desvantagens ao Poder Público caso o princípio não fosse aplicado aos contratos administrativos. Esse interesse da Administração Pública na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é justificado em razão dos efeitos bilaterais do princípio, atingindo tanto o concessionário quanto o concedente.

PARTE I – CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

1.1 Pressupostos gerais

O instituto do contrato teve origem no Direito Privado, mas sua crescente utilização no âmbito do Direito Público fez com que se tornasse próprio da Teoria Geral do Direito. A moderna concepção de contrato surgiu durante o início do capitalismo, na fase de consolidação da Revolução Industrial. Foi nesse momento histórico que se construiu a teoria contratualista, abordando o instituto de maneira eminentemente ideológica.¹ Assim, por se tratar de mecanismo capaz de realizar os interesses de qualquer pessoa, independentemente de sua classe social, tornou-se instrumento essencial ao funcionamento do sistema econômico capitalista, expressando os princípios da liberdade e igualdade.

FRANCISCO AMARAL define contrato como o “*acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação economicamente apreciável*”.² Trata-se essencialmente de um ato bilateral no qual está presente a consensualidade na formação do vínculo e cujo cumprimento é obrigatório (torna-se “lei entre as partes”).³

Por essa característica, o contrato assumiu papel de relevada importância como um dos institutos jurídicos fundamentais do Direito Privado.

Porém, conforme ensina ORLANDO GOMES, a idéia de contrato aplica-se a outros ramos do Direito e abrange todos os instrumentos jurídicos que nascem do concurso de vontades. Assim, deve-se distinguir o contrato em sentido

¹ Esse é o pensamento de ENZO ROPPO, que explica o sentido de função ideológica do contrato: “Quando se fala, no sentido indicado, de função ideológica de contrato (ou melhor das teorias sobre contrato) quer-se aludir – prescindindo de qualquer conotação depreciativa do termo – precisamente a este fato: o contrato – como instrumento técnico-jurídico de realização das operações econômicas – e o direito dos contratos – como conjunto de regras legais e jurisprudenciais que definem a sua disciplina, e portanto as suas modalidades de funcionamento – assumiram e assumem papéis e funções reais, historicamente diversos em quantidade e relevância e conforme os vários contextos e as várias formas de organização econômico-social em cada momento prevaletentes”. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*, ps. 28-30).

² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, p. 141.

³ Note-se, entretanto, que nem todo contrato é bilateral. Há que se distinguir a bilateralidade do ato da bilateralidade do contrato. Enquanto considerado como ato jurídico, o contrato é, usualmente, bilateral, vez que há manifestação de duas partes. Mas, tendo em vista seus efeitos, nem sempre o contrato é bilateral. Ou seja, o contrato é sempre fruto de manifestação de vontade bilateral, mas seus efeitos podem ser unilaterais ou bilaterais. Assim, a doação e o mútuo são exemplos de contratos unilaterais, cujos efeitos são gerados para apenas uma das partes.

amplo do contrato em sentido estrito. Enquanto aquele se refere a qualquer negócio jurídico plurilateral, o conceito estrito de contrato refere-se exclusivamente ao acordo de vontades capaz de produzir efeitos obrigacionais na esfera patrimonial.⁴

No âmbito do Direito Público, utiliza-se a expressão *contrato administrativo* para se referir a uma das espécies de manifestação da atividade da Administração. O Estado age através de atos unilaterais e bilaterais.⁵ Os contratos administrativos, assim como os convênios e tratados internacionais, são exemplos de atos bilaterais celebrados pela Administração Pública.

É necessário verificar se as características da atividade estatal afetam a natureza do contrato. Afinal, na pena de RUY CIRNE LIMA, a atividade administrativa se estrutura no influxo de uma finalidade cogente.⁶ Essa finalidade é justamente o interesse público. Conforme bem ensinou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a supremacia do interesse público sobre o privado é verdadeiro axioma do Direito Público.⁷ Contudo, há características próprias aos contratos administrativos que impedem a transposição integral do conceito de contrato formulado pelo Direito Privado.

MARÇAL JUSTEN FILHO aponta que o contrato administrativo é um instituto com características próprias, que o tornam distinto das figuras de Direito Privado.⁸

Assim, quando se estuda o tema dos contratos administrativos, é necessário tomar em vista essa dificuldade terminológica. Sob o nome *contrato administrativo* estão compreendidas situações jurídicas muito diferentes. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO alerta para a imprecisão do termo,

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, ps. 8 e 9.

⁵ São frequentes as manifestações da Administração Pública por meio de atos unilaterais, ao contrário do que ocorre no Direito Privado. No Direito Público, destacam-se os atos administrativos negociais, definidos por HELY LOPES MEIRELLES como declarações de vontade do Poder Público destinadas a produzir efeitos específicos e individuais para o particular (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, ps. 181 e 182).

⁶ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, p. 52.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 30.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 457.

acusando que tal rotulação vem sendo empregada de maneira imprópria pela doutrina brasileira e até pelo texto constitucional.⁹

Note-se que a expressão *contratos administrativos* abrange basicamente duas espécies de contratações: a) contratos de Direito Privado praticados pela Administração; b) contratos administrativos propriamente ditos. Voltar-se-á a tratar da questão adiante, mas é importante ter em vista que a expressão *contrato administrativo* refere-se a figuras bastante diversas entre si.

A primeira categoria envolve os contratos privados em que uma das partes é um ente da Administração. Como exemplos, podem ser citados o seguro e a locação. A Administração assume o mesmo papel que um particular normalmente possuiria na celebração de um contrato.¹⁰ Usualmente, tais contratos são celebrados em prol da realização do chamado interesse secundário da Administração, conforme a classificação proposta pelo italiano RENATO ALESSI.¹¹ Ou seja, esses contratos seriam necessários para satisfazer a conveniência da estrutura estatal.

Já os contratos administrativos propriamente ditos são aqueles celebrados entre a Administração e terceiros, sempre tendo em vista o interesse público. Exemplos desses contratos são a concessão de serviço público, contratos de obras públicas, concessão de uso de domínio público etc. Incide aqui o regime jurídico de Direito Público, devendo-se respeitar seus princípios e normas. Por isso, não se pode aplicar integralmente o conceito de contrato produzido e desenvolvido pelo Direito Privado. Devem ser promovidas adaptações e ressalvas, já que algumas características dessa espécie de contrato são inerentes à atividade administrativa.

A classificação acima exposta, entre as duas espécies de contratos (contratos privados praticados pela Administração e contratos administrativos),

⁹ Segundo o autor paulista, sob o rótulo contrato administrativo são abrigadas “*figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos*”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, ps. 558-560). Ele aponta ainda que o art. 175, parágrafo único da Constituição Federal utiliza o termo de maneira inadequada.

¹⁰ Note-se, entretanto, que mesmo essa espécie de contrato não estaria completamente submetida a um regime de Direito Privado. Incide aqui um regime jurídico especial, composto por normas e princípios tanto de Direito Privado quanto de Direito Público, conforme se verá adiante.

¹¹ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*, ps. 197 e 198.

não é pacífica na doutrina. É certo que nem mesmo os contratos de Direito Privado praticados pela Administração estão submetidos a um regime jurídico totalmente privado. Há forte incidência de princípios de Direito Público, ocasionando sua submissão a um regime jurídico especial, consubstanciado por regras de Direito Público e Privado.

CARLOS ARI SUNDFELD compartilha desse entendimento, mas vai ainda mais longe ao afirmar que não existem contratos privados da Administração.¹² A conclusão a que ele chega é a de que todos os contratos da Administração Pública são contratos administrativos, submetidos ao regime de Direito Administrativo e informados pelos princípios e regras que lhe são peculiares.

Assim, CARLOS ARI SUNDFELD propõe outra classificação: entre contratos administrativos em sentido amplo e contratos administrativos em sentido estrito. A primeira categoria abrangeria as espécies de contratos normalmente classificados por boa parte da doutrina como contratos privados da Administração. Já a segunda referir-se-ia aos contratos administrativos propriamente ditos, conforme a classificação adotada comumente.

Em que pese a opinião do jurista paulista, não há real distinção entre ambas as classificações. Para que a primeira não seja imprópria, basta que consideremos que os contratos privados da Administração estão submetidos a um regime jurídico especial.¹³ Não são, portanto, idênticos aos contratos do Direito Privado travado por particulares. Por outro lado, possuem características próprias que os distinguem em relação aos contratos administrativos propriamente ditos. Assim, adotar-se-á a classificação proposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, sempre ressaltando a peculiaridade do regime jurídico aplicado aos chamados contratos privados da Administração.

¹² Segundo o autor, “*quaisquer contratos da Administração estão, em todas as etapas de sua vida, sujeitos à observância do regime do direito administrativo, donde a impropriedade (e o perigo) de definir uma parcela deles como privados*”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 201).

¹³ Tal advertência já foi feita por MARÇAL JUSTEN FILHO: “*a mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito*”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 543).

Deste modo, a distinção fundamental entre as duas categorias de *contratos administrativos* está na aplicação de regimes jurídicos distintos. O contrato administrativo propriamente dito é regido pelo regime jurídico de Direito Público, com incidência de normas e princípios de Direito Administrativo.

Já o contrato privado celebrado pela Administração está sujeito a um regime jurídico especial, consubstanciado por regras de Direito Público e Privado. A simples presença da Administração em um dos pólos da contratação implica a possibilidade de afastamento das regras de Direito Privado e aplicação de princípios próprios do Direito Público.

Esta monografia trata de temas relacionados de modo especial com os contratos administrativos regidos pelo Direito Público.

1.2 Conceito de contrato administrativo

Conforme já exposto, a noção de contrato administrativo não é uniforme na doutrina brasileira. Porém, a partir da análise de diversos autores, podem ser identificadas algumas características essenciais ao contrato administrativo - sempre tendo em vista o risco de tratar de modo homogêneo as diversas espécies de contratos administrativos.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua contrato administrativo como sendo “*um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força da lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objetivo, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado*”.¹⁴

O conceito formulado por CARLOS ARI SUNDFELD é o seguinte:

“contrato (isto é, o vínculo sinalagmático e obrigatório, consensualmente estabelecido) administrativo (isto é, submetido ao sistema do direito administrativo) celebrado entre

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, ps. 560 e 561.

*a Administração - ou quem lhe faça as vezes - e terceiros, em que: a) a determinação exata do objeto é feita posteriormente à sua celebração, por atos administrativos unilaterais; b) as pretensões da Administração se materializam em decisões auto executórias; e c) é intangível o equilíbrio da equação econômico financeira inicialmente estabelecido”.*¹⁵

HELLY LOPES MEIRELLES é mais conciso em sua definição: “*contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*”.¹⁶

A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aponta oito características essenciais a todo contrato administrativo: a) presença da Administração Pública como Poder Público; b) finalidade pública; c) obediência à forma prescrita em lei; d) procedimento legal; e) natureza de contrato de adesão; f) natureza *intuitu personae*; g) presença de cláusulas exorbitantes; h) mutabilidade.¹⁷

Três são os elementos identificados por MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO em sua conceituação de contrato administrativo. Segundo o professor paranaense, o que define um contrato como administrativo é o *fim-finalidade* que ele almeja atingir, o que gerará a incidência de regime de direito público. Além disso, ele aponta as presenças do interesse público e da vontade conciliando as partes na efetivação de propósitos administrativos.¹⁸

MARÇAL JUSTEN FILHO identifica o contrato administrativo como um “*acordo de vontades entre um órgão da Administração Pública e um particular, que produz direitos e obrigações para ao menos uma das partes*”, dele derivando uma auto-regulamentação da conduta das partes e sendo regido pelo regime de direito público (supremacia e indisponibilidade do interesse público).¹⁹

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 214.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, ps. 205 e 206.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 242.

¹⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*, p. 196.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 457.

Por fim, DIOGENES GASPARINI assim define contrato administrativo: *“ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular”*.²⁰

Dessa maneira, identificam-se pontos comuns a todos os conceitos apresentados. Trata-se de características próprias aos contratos administrativos enquanto espécie do gênero contrato. Assim, constituem pontos fundamentais de todo contrato administrativo: a) presença da Administração Pública (ou quem lhe faça as vezes) em um dos pólos; b) alterabilidade unilateral das condições preestabelecidas (garantido o interesse patrimonial do contratante); c) incidência do regime jurídico de Direito Público.

Desses três aspectos decorrem as demais características do contrato administrativo. Assim, nota-se que a distinção mais evidente entre o contrato de Direito Privado e o contrato administrativo está na mutabilidade do vínculo e das condições contratuais que este último comporta. Conforme já exposto, o instituto do contrato se caracteriza justamente pela obrigatoriedade de cumprimento que gera entre as partes. Uma vez celebrado, torna-se lei para os contratantes e seus termos não mais podem ser alterados pela vontade exclusiva de um dos contratantes.

Porém, a incidência do regime jurídico de Direito Público (fruto da presença da Administração, exercitando atividades de natureza administrativa)²¹ faz com que surja um dado fundamental para a compreensão do contrato administrativo: a obrigatoriedade da busca pela consecução do interesse público (o que força a Administração Pública a modificar unilateralmente as cláusulas contratuais preestabelecidas).

²⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 521.

²¹ Ressalte-se que o art. 173, § 1º, da Constituição de 1988 determina que o exercício de atividades econômicas por parte do Estado far-se-á sob regime de Direito Privado.

1.3 Principais características do contrato administrativo

Com base nas três principais características do contrato administrativo, extraídas dos conceitos produzidos pela doutrina, podem-se citar ainda outros pontos comuns a essa espécie de contratação.

A submissão aos princípios e normas do regime jurídico de Direito Público decorre de dois fatores, um subjetivo e outro objetivo. Subjetivamente, tem-se a presença da Administração Pública em um dos pólos da contratação. O fator objetivo é a finalidade almejada com a contratação. O contrato administrativo visa a atender o interesse público primário. Ou seja, busca-se a realização do bem comum, o interesse de todos os indivíduos do Estado. Assim, não se pode afastar a aplicação do regime jurídico público.

Daí decorre a aplicação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesses público pela Administração. Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, esses são os dois princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo e deles se extraem todos os demais (princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, devido processo legal etc).²²

Assim, a Administração Pública não pode se furtar a perseguir a realização do interesse público. Adotando-se o contrato tal como ele foi concebido no Direito Privado, surgiriam problemas intransponíveis para se realizar o interesse público superveniente à celebração do pacto. Haveria um conflito entre a imutabilidade e uma possível necessidade de alteração de condições para se atender ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Respeitando-se a inalterabilidade, característica inerente ao instituto contratual, a Administração não poderia continuar seguindo os dispositivos contratuais caso eles se tornassem divergentes com o interesse público.

A solução para tal problema é fornecida pela característica mais marcante dos contratos administrativos: a mutabilidade unilateral das cláusulas contratuais (*ius variandi*). Segundo CAIO TÁCITO, tal mutabilidade “consiste

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, ps. 26 e 27.

em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas".²³ Gera-se uma "instabilização" da relação contratual, uma vez que uma das partes (a Administração) detém o poder de modificar unilateralmente as condições preestabelecidas.

Essa posição de supremacia da Administração em relação ao contratante, presente na definição de CAIO TÁCITO, é expressa nas chamadas *cláusulas exorbitantes*. De acordo com o Dicionário Houaiss, exorbitante é o que excede os justos limites, o que se desvia da órbita (norma).²⁴ Essa espécie de cláusula é inerente aos contratos administrativos. Nesse sentido, o adjetivo "exorbitante" assim deve ser entendido em relação ao contrato de Direito Privado.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a expressão *cláusula exorbitante* somente pode ser mantida em homenagem à tradição histórica. De acordo com o autor, as características do contrato administrativo têm de ser interpretadas em face dos princípios jurídicos fundamentais, constitucionalmente consagrados e não segundo suas origens históricas. Por essa razão, o jurista afirma que "*nunca seria aceitável a construção jurídica que atribuísse ao Estado poderes disponíveis de introduzir unilateralmente modificações em contratos administrativos de que participasse ou de interferir sobre a órbita do contratado*".²⁵ Para ele, o fundamento para a existência das cláusulas exorbitantes está não na posição de supremacia da Administração em relação ao particular, mas na sua função de "servo" do interesse público. Ou seja, o poder de modificação unilateral é algo inerente ao Poder Público enquanto exercente de atividade administrativa e não enquanto contratante. Assim, apesar de imprópria, a locução *cláusulas exorbitantes* foi consagrada pelo uso e continua sendo adotada pela doutrina.

²³ O autor se refere ao francês GEORGES PÉQUIGNOT como tendo sido o primeiro a empregar o termo "mutabilidade" para indicar a possibilidade de alteração unilateral pela Administração das cláusulas dos contratos administrativos. (TÁCITO, Caio. "O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público". In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1., p. 203).

²⁴ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 1286.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, ps. 45 e 46.

Desta forma, as cláusulas exorbitantes são disposições que permitem à Administração alterar as condições de prestação do contrato que haviam sido previamente estabelecidas para atender a interesse público superveniente. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO apresenta um elenco de oito espécies de cláusulas exorbitantes: exigência de garantia, alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação, retomada do objeto e restrição ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.²⁶

Para CARLOS ARI SUNDFELD, a atuação da Administração no exercício das cláusulas exorbitantes é tão marcante que ele sequer se refere expressamente à possibilidade de alteração unilateral. O administrativista aponta que, no contrato administrativo, a extensão e qualidade das prestações do particular só é fixada após a celebração do pacto, através de atos unilaterais da Administração. Nesse sentido, é o objeto do vínculo que possui um grau de indeterminação.²⁷

MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem a prestação do objeto também se sujeita a modificações, especifica quais são as cláusulas mutáveis do contrato administrativo: a) as de definição quantitativa do objeto; b) as de definição qualitativa do objeto; c) as de condições de execução da prestação; d) as de fiscalização da atividade do contratado; e) as de extinção do contrato.

Porém, a *prerrogativa*²⁸ da Administração de alterar tais cláusulas contratuais unilateralmente – sempre para o atendimento do interesse público – não pode ser absoluta, sob pena de gerar conflitos com os princípios fundadores do Estado Democrático de Direito. A instabilidade contratual seria uma afronta ao direito dos particulares contratantes com a Administração.

Como bem alertado por CARLOS ARI SUNDFELD, o Direito Público “é o direito do equilíbrio entre autoridade e liberdade, de modo que, às

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, ps. 248-254.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 214.

²⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO demonstra que a expressão *prerrogativa* não é adequada em face do Estado de Direito. Segundo o autor, “a expressão *dever-poder* é muito mais apropriada do que *prerrogativa*, para identificar a competência ora examinada”. A justificativa é fruto da constatação de que a Administração Pública não terá escolha entre modificar ou não as condições contratuais. Será *dever* da Administração promover as alterações para atender ao interesse público. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 46).

prerrogativas estatais de perseguir o interesse público correspondem, sempre e necessariamente, compensações para o particular atingido de modo especial pelo exercício de tais prerrogativas".²⁹ O autor paulista ilustra sua assertiva com o exemplo da desapropriação, na qual a extinção da propriedade privada só é possível graças à indenização justa e prévia paga ao particular.

Situação semelhante ocorre nos contratos administrativos. À possibilidade de a Administração alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, corresponde o direito de o particular ser ressarcido. É essa situação que está retratada na parte final da conceituação de contrato administrativo formulada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando o autor fala que as cláusulas são cambiáveis, *ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado*.³⁰

Existiria, assim, um núcleo contratual imutável, relacionado com a disciplina das relações econômicas entre Administração e contratado, conforme explica MARÇAL JUSTEN FILHO.³¹ A imutabilidade da relação entre encargos e vantagens previstos no momento da celebração do contrato seria uma espécie de contrapartida às *prerrogativas* (ou deveres-poder) da Administração.³²

Trata-se do equilíbrio econômico-financeiro, que merecerá reflexão mais profunda em capítulo específico.³³ Por ora, basta mencionar que a intangibilidade da equação financeira é característica essencial ao contrato administrativo.

1.4 Tipologia de contratos administrativos

Com base no direito positivo brasileiro, podem ser identificados diversos tipos contratuais, no âmbito dos contratos administrativos. O regime

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. "Reajustamento de preços nos contratos administrativos". *Revista de Direito Público*, n. 86, p. 79.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, ps. 560 e 561.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 44.

³² Não é diferente a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "*A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado*" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 563).

³³ Ver *infra*, p. 28.

jurídico aplicável a cada uma das espécies é distinto, razão pela qual se justifica o interesse em identificá-las. Citam-se como exemplos de contratos administrativos: a) concessão de serviço público³⁴; b) concessão de serviço público precedida da execução de obra pública; c) concessão de uso; d) contratos de obra pública e serviços; e) contrato de fornecimento.

A concessão de serviço público talvez seja o importante e complexo meio de contratação da Administração, razão pela qual merecerá estudo mais aprofundado adiante. Cabe dizer, por enquanto, que se trata do contrato administrativo através do qual a Administração Pública transfere a prestação de um serviço público ao contratante, que assume os riscos da atividade, remunerando-se pela própria exploração do serviço (garantido o equilíbrio econômico-financeiro).³⁵ Essa figura será examinada mais detidamente abaixo³⁶, o que não dispensa uma breve apresentação.

A distinção entre a concessão de serviço público e a concessão de serviço público *precedida da execução de obra pública* está prevista na Lei 8.987/95. De acordo com o art. 2º, inciso III, essa modalidade tem como objeto contratual a “*construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público*”. A peculiaridade está em que a remuneração do contratante, assim como ocorre na concessão de serviço público, dá-se mediante a exploração econômica da obra realizada ou de serviços públicos com ela relacionados.³⁷

A concessão de uso é um contrato administrativo por meio do qual a Administração faculta a terceiros a *utilização exclusiva de bem público*. Essa concessão pode ser a título oneroso ou gratuito, devendo o particular utilizar o bem de acordo com sua destinação, seja ele móvel ou imóvel.

³⁴ Sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público, ver *infra*, p. 19.

³⁵ Conforme BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 622 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, ps. 65-67.

³⁶ Ver *infra*, p. 14

³⁷ De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a hipótese do inciso III do art. 2º da Lei 8.987 se configura como concessão de obra pública, distinguindo-se da concessão de serviço público, prevista no inciso II (“*Em termos rigorosos, porém, são duas figuras distintas*”). (JUSTEN FILHO, M. Idem, p. 81).

As obras públicas e os serviços objeto de contratação administrativa estão disciplinados no art. 6º da Lei 8.666/93 (incisos I e II).³⁸ A rigor, trata-se de hipóteses diversas.³⁹ Porém, conforme MARÇAL JUSTEN FILHO assinala, a distinção legal entre obras e serviços é insuficiente, inadequada e defeituosa⁴⁰. Certamente, há hipóteses em que os serviços são claramente distinguíveis das obras públicas. No entanto, em outras situações essa identificação é de difícil percepção. Por não existir um critério objetivo para se determinar as duas hipóteses (obras e serviços), a Lei acaba optando por um regime jurídico único, especialmente para fins de modalidade e dispensa de licitação.⁴¹

Há ainda o fornecimento, contrato administrativo que mais se aproxima à compra e venda, através do qual a Administração Pública adquire bens necessários à realização de obras e à manutenção de serviços públicos. A rigor, apenas no contrato de fornecimento contínuo é que se manifestam as características de contrato administrativo.

³⁸ Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se: I – Obras - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II – Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

³⁹ Conforme DIOGENES GASPARINI, “obra e serviço não se confundem, pois são diferenciados pela predominância, na obra, do material e, no serviço, da atividade”. (GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 593).

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 108.

⁴¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também critica a redação do art. 6º da Lei 8.666/93. A autora interpreta que a definição de obra pública é taxativa, enquanto que a de serviço é exemplificativa. Assim, serviço seria tudo aquilo não abrangido nas hipóteses de obras. Porém, tal solução permanece insatisfatória, já que há casos em que as figuras de obra e serviço são muito semelhantes. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, ps. 275-278).

PARTE II – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

II.1 Pressupostos gerais

A atividade reguladora de condutas – ou seja, de produção jurídica - só passou a ser monopolizada pelo Estado ao final da Idade Média. Depois de Revolução Francesa e ao longo do séc. XIX, surgiu a concepção de Estado de Direito, que vem sofrendo alteração ao longo dos anos. Na sua essência, indica um Estado em que prevalece o princípio da legalidade, com submissão dos atos estatais ao controle jurisdicional e observância do princípio da isonomia. Nesse contexto, o Estado produz o Direito (princípio da legalidade) mas se subordina, tal como os particulares, às normas por ele editadas (controle jurisdicional).

Durante o século XX, instituiu-se o Estado Providência ou de Bem Estar, ao qual cabia a prestação de serviços e a oferta de benefícios ao cidadão. Ampliou-se a relevância de utilidades por parte do Estado em favor dos particulares, especialmente para atender as necessidades mais essenciais. Desenvolveu-se, então, o conceito de serviço público. Surgido na França, o conceito ainda hoje não se encontra sedimentado na doutrina. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

*“serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.*⁴²

Em congresso realizado recentemente em Curitiba⁴³, alguns dos mais importantes administrativistas da América do Sul abordaram o tema do conceito de serviço público. Chegou-se ao consenso, expresso nas palavras do argentino JORGE LUIS SALOMONI, de que *“a pretensão de universalidade do conceito de serviço público é impossível; o serviço público se refere ao tempo, ao lugar e ao ordenamento jurídico”*.⁴⁴ A tal conclusão já havia chegado RUY

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 597.

⁴³ CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL. IV. 2002. Curitiba. *Serviço Público: um conceito em transformação?* Anotações de palestras.

⁴⁴ SALOMONI, Jorge Luis. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL, IV, 2002, Curitiba. *Serviço Público: um conceito em transformação?*

CIRNE LIMA quando asseverou que serviço público é todo serviço existencial, de utilidade pública. E, segundo o mestre gaúcho, a determinação da definição de utilidade pública “*faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados. Trata-se pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço*”.⁴⁵ Assim, deve-se buscar a definição de serviço público na Constituição e nas leis. Os de origem constitucional são classificados como serviços públicos por inerência; os demais, como serviços públicos por opção legislativa infraconstitucional.

De acordo com ALLAN BREWER-CARÍAS, há três categorias de serviço público: o exclusivo e excludente, o exclusivo, mas concedível e o concorrente.⁴⁶ O serviço público exclusivo e excludente é aquele referido pela doutrina brasileira como “serviço público indelegável”; trata-se de atividades que a própria Constituição vedou a hipótese de delegação de sua prestação (serviço postal e correio aéreo nacional). O serviço público concorrente é aquele em que o ordenamento jurídico estabelece desde logo o direito de o particular prestar o serviço, sendo regulado pelo Estado. É o caso, no Brasil, das atividades de saúde, educação etc. Por fim, há o serviço público exclusivo, mas concedível. É exatamente essa categoria que abrange as atividades passíveis de serem objeto da concessão de serviço público. Segundo o jurista venezuelano, “*en estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, y lo único que en éste se establece son los mecanismos de control, para asegurar que los servicios se presten en forma adecuada al interés general envuelto*”.⁴⁷

Assim, o ordenamento jurídico (Constituição e leis) é responsável por definir quais atividades são serviços públicos e, dentre essas, quais são passíveis de concessão.

⁴⁵ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, p. 85.

⁴⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. “El régimen constitucional de los servicios públicos en Venezuela”. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL. IV. 2002. Curitiba. *Serviço Público: um conceito em transformação?* Disponível em: <<http://www.bidding.com.br>>. ps. 4-6.

⁴⁷ BREWER-CARÍAS, A. R. Idem, ps. 6 e 7.

Depois de um período de auge, sobreveio a crise do Estado de Bem Estar. A incapacidade de o Poder Público prestar todos os serviços de forma satisfatória contribuiu para o surgimento do Estado Regulador, reduzindo a dimensão do Estado e de sua intervenção no âmbito econômico.

A ausência de recursos da Administração para investir na prestação dos serviços públicos é um dos fatos que motiva a utilização do instituto da concessão. Trata-se do instrumento jurídico adequado para formalizar a colaboração entre Estado e iniciativa privada.

O surgimento do Estado Democrático de Direito, reconhecendo garantias individuais, produziu um novo contexto jurídico, ao qual está submetido o instituto da concessão. Assim, o instituto da concessão de serviço público, largamente utilizado no Brasil durante o século XIX, sofreu profundas alterações e assumiu nova configuração.

A Constituição de 88, em seu art. 175, incumbiu ao Estado a prestação de serviços públicos, seja diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Assim, o texto constitucional reconheceu que um dos meios mais eficazes para a prestação de serviços públicos é a delegação de sua execução a particulares. Um dos instrumentos jurídicos adequados para esse fim é o contrato administrativo de concessão de serviço público.

Assim, a concessão de serviço público voltou a adquirir grande importância no período de transição do Estado de Bem Estar para o Estado Regulador. A Administração Pública passou a transmitir ao particular o dever de prestar e conduzir os serviços de interesse do bem comum, mantendo para si a titularidade do serviço e sua regulação.

Costuma-se apontar que a adoção da concessão de serviço público traz inúmeras vantagens ao Estado. Haveria economia de recursos que teriam de ser empregados na prestação e melhoria dos serviços em função da maior especialização do particular.⁴⁸

⁴⁸ Essas vantagens são bem assinaladas por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 268 e GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 295.

II.2 Conceito de concessão de serviço público

Também na questão da concessão de serviço público – tal como referido quando se tratou dos contratos administrativos – não há consenso entre os juristas brasileiros.⁴⁹ Porém, há vários pontos comuns entre todas as definições formuladas pelos principais autores que se dedicaram ao tema.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define a concessão de serviço público como o:

*“instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.*⁵⁰

Conceito semelhante – embora divergente no que se refere à natureza jurídica do instituto, conforme se verá adiante – é formulado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem a concessão de serviço público se trata do *“contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”*.⁵¹

Para HELY LOPES MEIRELLES, concessão é a delegação contratual dos serviços públicos para *“que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar”*.⁵²

MARÇAL JUSTEN FILHO não se preocupa em formular um conceito de concessão de serviço público, mas aponta as principais características desse contrato. De acordo com o jurista, trata-se de uma modalidade de transferência da prestação de serviço público que envolve os seguintes aspectos:

⁴⁹ DIOGENES GASPARINI informa que “os autores especializados não estão acordes no que se refere ao conceito, à natureza, aos efeitos, objeto e domínio de aplicação dos institutos da concessão e da permissão”. (GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 290).

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 622.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 270.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 363.

a) manutenção do serviço como público; b) manutenção da titularidade estatal de prestação do serviço; c) temporariedade da delegação; d) atribuição dos riscos ao particular; e) remuneração através da exploração do serviço; f) submissão a um regime jurídico complexo.⁵³

LUCIA VALLE FIGUEIREDO acrescenta elemento novo em sua definição. Para a autora paulista, o procedimento licitatório obrigatório é elemento inerente ao conceito de concessão de serviço público.⁵⁴ Assim, para FIGUEIREDO, concessão de serviço público é *“espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco”*.⁵⁵

Baseando-se na Lei 8.987/95⁵⁶, DIOGENES GASPARINI formula seu conceito de concessão de serviço público: *“concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço, que lhe é privativo, a terceiro que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada”*.⁵⁷

Por todo o exposto, nota-se que há algumas características comuns a todos os conceitos apresentados. Assim, são próprios do contrato de concessão de serviço público os seguintes aspectos: a) delegação da execução de um serviço público por período certo de tempo; b) assunção dos riscos pelo concessionário; c) incidência de regime jurídico complexo; d) remuneração do concessionário pela própria exploração do serviço.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, ps. 65-69.

⁵⁴ É o que está previsto no próprio texto constitucional, no *caput* do art. 175.

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 87.

⁵⁶ A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, contém regras acerca da concessão e da permissão de serviços públicos.

⁵⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 290.

II.3 Natureza jurídica da concessão de serviço público

Divergência ainda maior é encontrada na doutrina quando se trata da natureza jurídica da concessão de serviço público. No Brasil, a polêmica foi estabelecida a partir da posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que desenvolveu as concepções de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. Segundo o autor paulista, a concessão de serviço público não se trata meramente de contrato administrativo, conforme dispõe a Lei 8.987/97.⁵⁸

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a concessão de serviço público é relação jurídica complexa, composta de três momentos: ato regulamentar, ato-condição e contrato.⁵⁹ A relação dá-se inicialmente por um ato unilateral da Administração, que fixa as condições da prestação do serviço. Após, há um ato unilateral do concessionário, que se submete ao regime jurídico de Direito Público. Finalmente, o contrato da concessão se refere apenas aos aspectos econômicos da relação. Em suas palavras, *“o aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada”*.⁶⁰

Em sentido contrário, DIOGENES GASPARINI e LUCIA VALLE FIGUEIREDO atestam que a natureza jurídica da concessão de serviço público é de contrato administrativo. Segundo DIOGENES GASPARINI, *“o vínculo que investe certa pessoa jurídica no direito de executar e explorar determinado serviço público, como concessionário, é de natureza contratual e da espécie dos contratos administrativos”*.⁶¹ Mesmo pensamento é defendido pela professora LUCIA VALLE FIGUEIREDO, que se baseia no texto constitucional (art. 175) e

⁵⁸ Para o autor paulista, o termo “contrato” é empregado de maneira imprópria em diversos dispositivos da Lei (arts. 1º, 6º, 9º, 20, 23, 29 etc). (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 632).

⁵⁹ É marcante a influência dos autores franceses no pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Também para DUGUIT, DUEZ, DEBEYRE E LAUBADÈRE, a concessão de serviço público tem natureza jurídica complexa (ora contratual, ora regulamentar), conforme exposto em TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, ps. 204 e 205.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 634.

⁶¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 292.

na Lei 8.987/97 para afirmar categoricamente que a concessão de serviço público é contrato administrativo.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também está entre os que atribuem à concessão natureza jurídica de contrato administrativo. Ela cita que a concessão possui diversos elementos típicos de qualquer contratação, como acordo de vontades e efeitos jurídicos para ambas as partes. Segundo a autora, o fato de existirem atos unilaterais na relação de concessão não lhe retira o caráter contratual.⁶²

HELY LOPES MEIRELLES adota posição intermediária. Apesar de reconhecer o caráter contratual da concessão, ele aponta a existência de duas categorias de normas na concessão: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As normas regulamentares estabelecem as condições de prestação do serviço. Já as contratuais fixam as condições de remuneração do concessionário. Nesse aspecto, o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES se assemelha ao de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

Na mesma linha, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA rechaça a natureza meramente contratual da concessão de serviço público, tal como disposto nos textos constitucional e infra-constitucional. Segundo a autora mineira, *“não obstante a concessão tenha o seu ponto nuclear no contrato, pelo qual se instrumentaliza a avença firmada entre a entidade pública competente e o concessionário, não se pode reduzi-la a este momento”*.⁶³ Assim, ela indica que a regulamentação da concessão é ato unilateral, de competência da Administração Pública. Portanto, a concessão é marcada pelo contrato, mas é composta também por atos unilaterais.

II.4 Características da concessão de serviço público

Mesmo com entendimentos diversos quanto à natureza jurídica desse instituto, não se lhe nega a existência de características próprias. Assim, há

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 267.

⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 41.

aspectos que tornam a concessão de serviço público absolutamente distinta de outras espécies de contratos administrativos.

a) Ausência de privatização do serviço público

Uma característica essencial da concessão é a manutenção da titularidade estatal do serviço. Conforme HELY LOPES MEIRELLES, com a concessão “*o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente*”.⁶⁴

Seria contrário ao próprio sentido da concessão se assim não ocorresse. Um dos fundamentos para a delegação de serviço público ao particular é a ausência de recursos públicos para investir adequadamente na prestação direta. Assim, o objetivo é o de que o particular pratique investimentos, amplie patrimônio (obtendo justa remuneração por isso) e, ao final do prazo contratado, restitua os bens ao Poder Público.

b) Temporariedade da outorga

MARÇAL JUSTEN FILHO destaca a necessidade da temporariedade da concessão, a fim de que não se caracterize uma transferência definitiva de atividade pública a um particular.⁶⁵ No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO alerta para a exigência de que o edital de concorrência para outorga de concessão preveja o prazo de sua duração. Ele lembra que o prazo determinado é parte integrante do conceito legal de concessão.⁶⁶

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA aponta que a temporariedade é dado essencial da concessão. A autora afirma que “*a perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão*”.⁶⁷

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 364.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, ps. 66 e 67.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 642.

⁶⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, ps. 58 e 59.

Assim, o Estado continua como titular do serviço público durante a concessão. O concessionário recebe apenas parcela de competência pública, passando a atuar como se Administração fosse perante terceiros. Porém, a Administração mantém seus deveres-poder no período de concessão e tem o direito a retomar o serviço por inadimplência contratual.

c) Tutela ao interesse dos usuários

Trata-se de um contrato em que estão presentes não apenas o interesse público (da Administração) e o interesse privado (do concessionário). Está envolvido também o interesse do usuário do serviço público, que é garantido constitucionalmente nos incisos do parágrafo único do art. 175.⁶⁸

A tutela ao interesse dos usuários de serviço público é característica marcante da concessão. Tal aspecto é destacado por HELY LOPES MEIRELLES, para quem a concessão de serviço público “*é sempre feita no interesse da coletividade, e, assim sendo, o concessionário fica no dever de prestar o serviço em condições adequadas para o público*”.⁶⁹ O autor ressalta que os direitos do usuário devem constar expressamente no contrato de concessão. A própria Lei 8.987/97 se preocupa com os usuários quando dispõe, no art. 6º, que o serviço deve ser adequado ao pleno atendimento dos usuários.⁷⁰

De acordo com CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, o interesse dos usuários é tutelado por dois princípios constitucionais: o da participação democrática dos usuários (decorrente do art. 175, parágrafo único, II) e o da adequação do serviço aos fins e aos interesses da sociedade (art. 175, parágrafo único, IV). O primeiro abrangeria os princípios da impessoalidade, da igualdade, da imparcialidade e da neutralidade do serviço público.⁷¹ Assim,

⁶⁸ Os referidos dispositivos tratam de matéria que deverá ser regulada por lei: direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter o serviço adequado.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 365.

⁷⁰ O §1º do referido artigo define o que é serviço adequado. No entanto, MARÇAL JUSTEN FILHO ressalta que se trata de conceito indeterminado, variando conforme as circunstâncias concretas. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, ps. 124-126).

⁷¹ Na lição de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, “*o Estado constitui meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares*”. Isso significa dizer que o princípio da impessoalidade garante a busca do bem comum, já que “*previne o ato prático de qualquer individualismo*”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 176).

“todos os usuários devem receber o mesmo tratamento em determinado serviço público, guardadas as diferenças de suas condições, que conduzem a eventuais distinções também de cuidados”.⁷² Já o princípio da adequação do serviço aos interesses sociais está ligado, basicamente, à questão da modicidade das tarifas. Segundo a professora CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, a justeza tarifária é fundamental para a efetivação da igualdade jurídica e da concreta justiça social.

Esse aspecto gera a incidência de um regime jurídico complexo, variando conforme as fases interna ou externa da concessão. De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, o âmbito externo corresponde ao relacionamento jurídico entre concessionário e usuários do serviço público e o interno, ao relacionamento entre concessionário e poder concedente.⁷³

d) Âmbito interno da concessão

Assim, o âmbito interno da concessão de serviço público está submetido ao regime jurídico de Direito Público. O concessionário se sujeita ao controle e fiscalização por parte do Poder Público. Nesse sentido, a concessão de serviço público assemelha-se aos demais contratos administrativos. Há dever-poder da Administração Pública, expresso nas chamadas cláusulas exorbitantes.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO relaciona os seguintes poderes do concedente: a) inspecionar e fiscalizar; b) alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares; c) extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; d) intervir; e) aplicar sanções ao concessionário inadimplente.⁷⁴

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO fala em cláusulas exorbitantes da concessão⁷⁵, HELY LOPES MEIRELLES trata de “poderes de regulamentação e controle”⁷⁶ e DIOGENES GASPARINI se refere ao dever-poder da Administração Pública no contrato de concessão.⁷⁷ Trata-se, portanto,

⁷² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 95.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, ps. 67-69.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 645.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 270.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 369.

⁷⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 301.

de manifestações decorrentes diretamente do regime jurídico de Direito Público incidente no âmbito interno da concessão de serviço público.

e) Âmbito externo da concessão

Já no que se refere ao âmbito externo da concessão, o concessionário atua perante os usuários como se fosse integrante da Administração Pública. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “*o concessionário não é nem mais nem menos do que o seria a Administração Pública em face do usuário*”.⁷⁸ Assim, a outorga de uma concessão para a prestação do serviço público não afastará a aplicação do regime jurídico de Direito Público no relacionamento com os usuários. Porém, toda a atividade restante do concessionário, que não se relacione diretamente com o âmbito da prestação do serviço público, estará submetida ao regime jurídico de Direito Privado.

f) Exploração por conta e risco do concessionário

Outra característica marcante da concessão de serviço público é o fato de que o concessionário presta o serviço *por sua conta e risco*, para se adotar expressão largamente utilizada pela doutrina nacional. Ou seja, o concessionário assume os riscos do negócio e toma as decisões que considerar mais adequadas, desde que nos limites do contrato e do interesse público. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO destaca que tais riscos são os normais a qualquer empreendimento privado.⁷⁹ Assim, a Administração transfere não somente a prestação do serviço público ao concessionário, mas também os riscos inerentes à sua exploração. Esse é um traço distintivo fundamental em relação às demais modalidades de contratação administrativa. Na concessão, o particular assume os riscos financeiros inerentes ao empreendimento, o que não ocorre em outros contratos administrativos, quando tal encargo é suportado pelo Poder Público.

g) Forma de remuneração

Para compensar os riscos que assume na prestação dos serviços, o concessionário se remunera principalmente pela própria exploração do serviço. Trata-se de outra característica marcante da concessão. Assim, podem até existir

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. p. 68.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 271.

outras maneiras de remuneração, mas a principal fonte de recursos advém da exploração do serviço público.

É o que assinala CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.⁸⁰ De acordo com ele, esse fato é indispensável para se caracterizar a concessão de serviço público e diferenciá-la de outras modalidades de contratação administrativa. A tarifa cobrada dos usuários do serviço é a principal fonte de recursos percebidos pelo concessionário.⁸¹

II.5 Várias modalidades de concessão de serviço público

A evolução histórica e a necessidade de estruturação da prestação dos serviços públicos em nosso país levou à utilização da concessão de serviço público para designar diversas hipóteses de descentralização. MARÇAL JUSTEN FILHO defende a existência de três institutos jurídicos distintos albergados pela expressão concessão de serviço público: a concessão propriamente dita, a concessão-descentralização e a concessão-convênio.⁸²

A concessão de serviço público propriamente dita é aquela na qual há a transferência da prestação do serviço público para um particular, que passará a desempenhá-lo por sua conta e risco, mantida a titularidade estatal. Ou seja, trata-se da modalidade clássica de concessão.

A concessão-descentralização ocorre quando o Estado atribui o serviço público a um ente da Administração Pública indireta. Assim, não existe propriamente um concessionário, com interesses próprios. A desvantagem dessa modalidade é que o Poder Público continua assumindo os riscos inerentes ao negócio. Trata-se de uma concessão imprópria, uma vez que não existem interesses distintos entre concedente e “concessionário”.

Por fim, há a concessão-convênio, instrumento através do qual busca-se organizar a conjugação de esforços de diversos entes políticos para a

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 623.

⁸¹ Segundo HELY LOPES MEIRELLES, a tarifa deve permitir a remuneração do capital investido, o melhoramento e a expansão do serviço. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 374).

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 77.

consecução do bem comum. Tal instituto é empregado quando há interesses complementares no desempenho de atribuições administrativas e políticas.

No mesmo sentido. CARLOS ARI SUNDFELD também entende existirem três institutos distintos albergados pela expressão concessão de serviço público.⁸³ Para DIOGENES GASPARINI, a concessão de serviço público só pode ocorrer entre Administração Pública e particular. Assim, para ele, “*o concessionário é uma pessoa jurídica privada, ou seja, uma empresa comercial, industrial ou de prestação de serviços (...)*”.⁸⁴

Registre-se a opinião em sentido contrário de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem a Administração Pública Indireta pode figurar no pólo passivo da concessão de serviço público: “*volta-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar o serviço a particular, mas a empresas estatais sob o controle acionário do Poder Público*”.⁸⁵

Em que pese a respeitosa opinião da professora paulista, entende-se pela impossibilidade da concessão de serviço público em sentido próprio para entes estatais. Isso porque a concessão está ligada à privatização – ou seja, transferência da gestão do serviço a particulares. Conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, “*a concessão importa transferência para órbita alheia não apenas da prestação dos serviços, mas dos riscos inerentes à atividade, segundo princípios de direito privado*”.⁸⁶ Por isso, adotar-se-á o entendimento de que a concessão de serviço público – em sentido próprio – só pode ser realizada sendo o concessionário particular.

II.6 Os serviços públicos delegáveis por concessão

A questão da espécie de serviço público que pode ser objeto de concessão encontra-se pacificada na doutrina brasileira. Autores como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁸⁷, MARIA SYLVIA ZANELLA DI

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. “O saneamento básico e sua execução por empresa estadual”. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 8.

⁸⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 293.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 269.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 78.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 631.

PIETRO⁸⁸, MARÇAL JUSTEN FILHO⁸⁹ e DIOGENES GASPARINI⁹⁰ são unânimes ao afirmar que só pode ser concedido serviço público próprio e privativo do Poder Público. Ou seja, a lei estipula quais atividades são privativas do Estado e estabelece quais serviços públicos são delegáveis.

Mas não podem ser objeto de concessão os serviços considerados como inerentes ao funcionamento ou relacionados à própria razão de ser do Estado. Estão abrangidos aqueles que envolvem as funções estatais de legislação e jurisdição e que traduzem o exercício direto do poder de império estatal (exército, polícia).

Também se reconhece que somente pode haver concessão de serviços públicos rentáveis e lucrativos, já que a essência da exploração do concessionário se relaciona com isso.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 271.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 63.

⁹⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 293.

PARTE III – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

III.1 Conceito de equilíbrio econômico-financeiro

A noção de equilíbrio econômico-financeiro⁹¹ nas concessões de serviço público surgiu na França, no início do século XX. Sua origem está na jurisprudência formada no Conselho de Estado Francês, órgão da jurisdição administrativa.⁹² Após a consolidação da jurisprudência, a doutrina preocupou-se em definir os contornos do instituto e o âmbito de sua aplicação. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro, que chegara a ser identificado como a essência da concessão de serviço público⁹³, passou a ser aplicado também a outros contratos administrativos, adaptando-se e adquirindo novas feições.

Influenciada pela jurisprudência francesa, a doutrina brasileira acolheu a teoria do equilíbrio econômico-financeiro.⁹⁴ Porém, conforme ressalta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “*no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário*”.⁹⁵ Tal evolução na concepção do instituto derivou da influência do direito norte-americano, conforme relata CAIO TÁCITO, apoiado em lição de BILAC PINTO.⁹⁶ Assim, MARÇAL JUSTEN FILHO registra que “*o Direito brasileiro contempla soluções marcadamente diferenciadas da concepção francesa*”.⁹⁷ Pode-se ter uma noção da exata

⁹¹ A expressão *equação* econômico-financeira é igualmente difundida na doutrina. No presente trabalho, adotar-se-ão indistintamente os dois termos.

⁹² O primeiro acórdão a tratar do tema foi o aresto da “*Compagnie générale française des tramways*”, de 1910, que consignou o seguinte: “*em todo contrato de concessão está implícita, como um cálculo, a honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige. É o que se chama equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão*”. (FRANÇA. Conselho de Estado. *Compagnie générale française des tramways*. Relator: Conselheiro Léon Blum. 21 mar. 1910. Disponível em: <<http://www2.univ-lille2.fr/droit/cdp>>. Acesso em: 15 set. 2002).

⁹³ É o que se depreende do parecer de Léon Blum no aresto de 21.3.1910: “*esta equação financeira que é, em certo sentido, toda a concessão*”. (BLUM, Léon apud TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 213).

⁹⁴ CAIO TÁCITO ressalta a influência da doutrina francesa em nosso país: “*o sistema de concessões de serviço público no Brasil revela, durante o Império e na primeira fase republicana, o sinete exclusivo do direito administrativo francês*”. (TÁCITO, C. Idem, p. 234).

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 658.

⁹⁶ Segundo o autor carioca, nas doutrinas francesa e norte-americana “*o direito administrativo nacional se abebera para a institucionalização, no plano legislativo, ou na criação doutrinária, dos princípios capitais das concessões de serviço público*”. (TÁCITO, C. Idem, p. 235).

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de agosto de 2002, p. 3.

configuração do instituto do equilíbrio econômico-financeiro no Brasil a partir da análise das definições produzidas por diversos administrativistas.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *“equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”*.⁹⁸ Ressalte-se que, segundo o autor, o equilíbrio econômico-financeiro constitui o aspecto contratual da concessão de serviço público, conforme referido no capítulo anterior.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ensina que *“o equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato”*.⁹⁹ Nota-se que a autora acrescenta à sua conceituação o elemento temporal. De acordo com ela, a noção de equivalência entre encargo e remuneração *“precede à celebração do contrato, estabelecendo-se no momento em que a proposta, formulada em consonância com as condições fixadas no edital, é aceita”*.¹⁰⁰

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, equilíbrio econômico-financeiro *“indica uma espécie de ‘relação’ entre encargos e retribuições gerada para as partes. Significa que os encargos correspondem (equivalem, são iguais) às retribuições. A expressão equilíbrio esclarece que o conjunto dos encargos é a contrapartida do conjunto das retribuições, de molde a caracterizar uma equação”*.¹⁰¹

De modo conciso, leciona HELY LOPES MEIRELLES que o equilíbrio econômico-financeiro é a *“relação estabelecida inicialmente pelas*

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 580.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 92.

¹⁰⁰ DI PIETRO, M. S. Z. “O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das Agências Reguladoras”. In: *O controle externo da regulação de serviços públicos*, p. 57. A posição é compartilhada por MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem *“a configuração da equação econômico-financeira inicia-se quando a Administração edita o ato convocatório, definindo quantitativa e qualitativamente os encargos que recairão sobre o particular que vier a ser contratado”*. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 150).

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, M. Idem, p. 145.

*partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”.*¹⁰²

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA define a equação econômico-financeira como “*a honesta equivalência entre os encargos e os benefícios assegurados pela entidade concedente à concessionária*”.¹⁰³

Finalmente, explica DIOGENES GASPARINI que o instituto se trata da “*relação de igualdade entre os encargos do contratante particular e a correspondente remuneração a que faz jus, fixada no contrato administrativo para a justa compensação do pactuado*”.¹⁰⁴

Desta forma, nota-se que a conceituação do instituto do equilíbrio econômico-financeiro é pacífica na doutrina nacional. Com algumas variações, todos os autores citados chegam a uma fórmula comum. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro se constitui na relação existente entre os encargos assumidos pelo concessionário na prestação do serviço público e as retribuições por ele recebidas. Note-se que o equilíbrio se refere a todas as circunstâncias econômicas do contrato, não apenas à remuneração a ser recebida pelo concessionário. A equação abrange “*todos os ângulos jurídicos das prestações impostas às partes*”, de acordo com lição de MARÇAL JUSTEN FILHO.¹⁰⁵ Ou seja, a equação econômico-financeira pode ser afetada por diversos eventos, mesmo que não ligados diretamente à remuneração do concessionário.

III.2 Intangibilidade da equação econômico-financeira

A equação econômico-financeira da concessão de serviço público é intangível. Na pena de CAIO TÁCITO, “*a concessão de serviço público se encontra sob a égide de um dogma fundamental: o da segurança do equilíbrio*

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 209.

¹⁰³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 66.

¹⁰⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 556.

¹⁰⁵ O autor cita como exemplos o prazo estimado para pagamento, a periodicidade dos pagamentos, as condições de execução, local de entrega da prestação etc. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 145).

financeiro nas relações entre concedente e concessionário".¹⁰⁶ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também é incisivo ao tratar do tema: "*a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro -- não sem razão -- é aceita como verdadeiro 'artigo de fé'*".¹⁰⁷

Isso significa que o equilíbrio entre encargos e retribuições não pode ser afetado e deve ser mantido durante o prazo de duração do contrato. Assim, deve-se evitar a ruptura do equilíbrio, bem como reajustá-lo em caso de rompimento. O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro surgiu no mesmo momento histórico da configuração do próprio instituto, na célebre decisão do Conselho de Estado Francês.¹⁰⁸

Assim como nos contratos administrativos, na concessão de serviço público há a conjugação de interesses distintos: o interesse público, buscado pela Administração-contratante e o interesse privado, almejado pelo particular-contratado. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aponta com que se tem de "*conciliar duas idéias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade, e por isso mesmo, não pode parar*".¹⁰⁹

Assim, o concessionário de serviço público está em busca do rendimento do capital investido no empreendimento, enquanto que a Administração preza pela prestação adequada do serviço público. Embora pareçam antagônicos, tais interesses são complementares, no sentido de que um depende da realização do outro. É por essa razão que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO justifica o princípio da manutenção do equilíbrio

¹⁰⁶ Embora nessa passagem o autor esteja se referindo ao direito francês, a conclusão é válida também para o ordenamento jurídico brasileiro (TÁCITO, Caio. "O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público". In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 212).

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer inédito de junho de 1998, p. 12.

¹⁰⁸ Aresto da "*Compagnie générale française des tramways*". (FRANÇA. Conselho de Estado. *Compagnie générale française des tramways*. Relator: Conselheiro Léon Blum. 21 mar. 1910. Disponível em: <<http://www2.univ-lille2.fr/droit/cdp>>. Acesso em: 15 set. 2002).

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 93.

econômico-financeiro em função do “*respeito mútuo de interesses*”.¹¹⁰ Segundo o autor, “*o Poder Público não tem móvel de lucro, de ganho, de especulação. Seu móvel é apenas e tão-somente a utilidade pública*”.¹¹¹

Ou seja, a Administração não deve buscar vantagem pecuniária na relação com o concessionário. MARÇAL JUSTEN FILHO reforça esse pensamento ao afirmar que não se admite que a Administração “*se valha do desequilíbrio contratual como instrumento para obter a multiplicação de suas vantagens*”.¹¹² O interesse público não permite que sejam feitos gastos desnecessários, mas requer que o concessionário receba uma remuneração justa e razoável pela exploração do serviço. Somente com a obtenção do lucro que o concessionário disporá de recursos para investir, melhorando a prestação do serviço público.¹¹³

Não se afigura razoável que o concessionário continue a prestar o serviço público em caso de prejuízo financeiro extraordinário, além do inerente ao empreendimento. Assim, cabe à Administração Pública manter a equação econômico-financeira nos exatos termos em que foi estabelecida no momento da proposta realizada pelo particular na licitação de concessão. É o que se infere da precisa lição de CAIO TÁCITO:

“sempre, no entanto, que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes”.¹¹⁴

Ressalte-se que a intocabilidade se refere à equação e não às prestações e encargos. É o que explica MARÇAL JUSTEN FILHO: “*a intangibilidade da equação econômico-financeira não indica a imutabilidade*

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 581.

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 582.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de dezembro de 2000, p. 19.

¹¹³ Para CAIO TÁCITO, o concessionário não pode ser obrigado a prestar o serviço público se estiver acumulando prejuízo exagerado. Assim, em suas palavras, “*não deve subsistir a obrigação de explorar o serviço, quando se tornar cronicamente deficitário*”. (TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 229).

¹¹⁴ TÁCITO, C. *Idem*, p. 200.

das condições contratadas. Aliás, é da essência do contrato administrativo justamente o oposto".¹¹⁵ Ou seja, admite-se que sejam alterados os encargos ou as retribuições do concessionário, mas a relação inicial entre as prestações deve permanecer intacta.

Alude-se, usualmente, à idéia de balança. Em um prato, estariam colocados os encargos; em outro, as retribuições. Modificado um dos dois, o outro deve ser adequado de modo que se restabeleça o equilíbrio. CAIO TÁCITO explica a intangibilidade da equação financeira ao se referir à existência de *"um sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa"*.¹¹⁶

A origem do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira está em uma forma de compensação à mutabilidade dos contratos administrativos.¹¹⁷ Assim, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro seria a "outra face da moeda" do princípio da mutabilidade. Ou seja, a Administração tem o dever-poder de modificar as cláusulas regulamentares da concessão, cabendo a ela alterar as condições de prestação do serviço público de acordo com o que reclama o interesse público. Por outro lado, garante-se ao concessionário a manutenção da relação financeira do contrato, como maneira de suportar a alteração unilateral.

No Brasil, a intangibilidade da equação financeira não se resume às hipóteses em que a Administração tenha alterado unilateralmente cláusulas contratuais. O princípio incide também quando a relação estabelecida inicialmente tenha sido afetada por atos da Administração não relacionados ao contrato, por eventos imprevisíveis ou ainda por eventos previsíveis, mas de consequências imprevisíveis. Ou seja, a manutenção do equilíbrio econômico-

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de agosto de 2002, p. 5.

¹¹⁶ TÁCITO, Caio. "O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público". In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 202.

¹¹⁷ Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é consequência da mutabilidade do contrato administrativo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 254).

financeiro não se trata apenas de contrapartida em relação às alterações produzidas unilateralmente pela Administração, decorrentes do *ius variandi*. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro também abrange outras situações, como motivos de força maior e fatos imprevisíveis, por exemplo.¹¹⁸ Ou seja, trata-se de uma garantia para a continuidade da execução do contrato. Sem o restabelecimento da relação original entre encargos e benefícios, tornar-se-ia impossível o cumprimento do contrato administrativo.¹¹⁹

De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a intangibilidade da equação financeira é um direito do concessionário. Assim, nas palavras da professora da USP, *“é pacificamente aceita a idéia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em direito do concessionário e esta idéia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato”*.¹²⁰ Compartilha da mesma opinião a professora LUCIA VALLE FIGUEIREDO, segundo a qual a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro *“é direito expresso do contratado”*.¹²¹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO doutrina no mesmo sentido: *“a equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela”*.¹²²

Em que pesem as opiniões desses juristas, o tema não está pacificado na doutrina nacional. MARÇAL JUSTEN FILHO prefere definir a intangibilidade da equação financeira como princípio e não direito. Sua justificativa é a de que *“a expressão direito não é a mais apropriada porque induz à suposição de que esse seria uma outra faculdade atribuída à parte além daquelas previstas contratualmente. Isso não ocorre: não se pode afirmar que o particular teria direito ao pagamento e, além disso, à manutenção do equilíbrio*

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, ps. 255 e 256.

¹¹⁹ A configuração das hipóteses de desequilíbrio será estudada de modo mais profundo adiante.

¹²⁰ DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública*, p. 93.

¹²¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 478.

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 595.

*econômico-financeiro. Rigorosamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um princípio regulador do contrato administrativo”.*¹²³

Embora não tenha tratado especificamente da distinção entre direito e princípio, CAIO TÁCITO se refere por diversas vezes ao equilíbrio econômico-financeiro como sendo princípio.¹²⁴ Mesmo entendimento é expresso por DIOGENES GASPARINI, para quem o *princípio* da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro foi expressamente acolhido pelo texto constitucional.¹²⁵

Diante da nova configuração do instituto do equilíbrio econômico-financeiro no Brasil, é inadequado referir-se a ele meramente como direito do concessionário. É, mais do que isso, verdadeiro princípio, característica fundamental dos contratos administrativos, conforme se verá adiante.

III.3 Equilíbrio econômico-financeiro no direito positivo brasileiro

A intangibilidade da equação econômico-financeira na concessão de serviço público está garantida expressamente no ordenamento jurídico. Há disposições constitucionais e legais que tratam da manutenção do equilíbrio econômico tanto nos contratos administrativos como especificamente nas concessões.

Nesse sentido, o dispositivo mais importante é o art. 37, XXI da Constituição Federal¹²⁶. Apesar de não empregar o termo *equilíbrio econômico-financeiro* – ao contrário da Constituição de 1967¹²⁷ –, tem-se interpretado a expressão “*mantidas as condições efetivas da proposta*” de maneira extensiva. Comentando o art. 37, XXI, CARLOS ARI SUNDFELD afirma que “*a garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo*

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 146.

¹²⁴ TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 254.

¹²⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 556.

¹²⁶ Art. 37, XXI da CF - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (sem grifos no original).

¹²⁷ Art. 160, II da Constituição de 1967: tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. (sem grifos no original).

foi consagrada constitucionalmente".¹²⁸ Segundo o autor, em caso de modificação da situação em que foi formulada a proposta, as condições efetivas da proposta só podem ser mantidas na medida em que se altere também a remuneração do contratado.

A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO critica a timidez com que foi tratado o princípio na Constituição de 88. Para ela, o art. 37, XXI, é vago e se constitui em *"garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração"*.¹²⁹ Segundo ela, *"considerando que a Constituição de 1988 não menciona a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tem-se que, na concessão, ou se aplica o princípio por analogia ou se conclui que a Constituição não previu tal princípio"*.¹³⁰

Porém, há doutrinadores que se esforçam para extrair maior sentido da norma constitucional. É o caso de MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem *"interpreta-se o dispositivo no sentido de que as condições de pagamento ao particular deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas contidas na proposta. Portanto, qualquer variação deverá ser repelida e repudiada"*.¹³¹ Ou seja, deve-se investigar quaisquer modificações ocorridas entre a elaboração da proposta e a execução do contrato, de modo que seja mantida a equação pactuada inicialmente.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também vê maior força ao dispositivo constitucional. Em decorrência da supremacia da norma constitucional, ele observa que *"a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada nem mesmo por lei. É que resulta de dispositivo constitucional, o art. 37, XXI"*.¹³² O autor vai ainda mais longe. Para ele, não só o inciso XXI, mas também o próprio *caput* do art. 37 garante o princípio da intangibilidade da equação. Assim, ele

¹²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 239.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 99.

¹³⁰ DI PIETRO, M. S. Z. "O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das Agências Reguladoras". In: *O controle externo da regulação de serviços públicos*, p. 58.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 555.

¹³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 565.

afirma que *“o dever de acatamento ao sobredito equilíbrio também se encontra implicitamente sufragado na própria cabeça do mesmo art. 37, que erige o princípio da moralidade como um dos princípios da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”*.¹³³

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ainda aponta outro dispositivo constitucional garantidor do equilíbrio econômico-financeiro: o art. 5º, XXXVI, que estatui que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*. Para ele, a equação financeira é direito adquirido do contratado, razão pela qual não poderia ser ofendido por lei infraconstitucional.

Assim, o sentido da norma constitucional é o de dar a mais ampla aplicação ao princípio da intangibilidade da equação financeira, embora não se refira expressamente a esse termo. CARLOS ARI SUNDFELD demonstra com notável precisão a configuração do tratamento jurídico do equilíbrio econômico, decorrente especialmente da previsão constitucional:

“Pode-se afirmar, então, que o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato”.¹³⁴

Na esteira do disposto na Constituição, diversas leis foram editadas regulamentando a manutenção do equilíbrio financeiro. Citam-se duas das mais relevantes: a Lei 8.666/93, que trata de licitações e contratos administrativos e a Lei 8.987/95, de concessões de serviços públicos.

São vários os dispositivos da Lei 8.666 que se referem ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira. Os mais significativos são

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer inédito de junho de 1998, p. 22.

¹³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 239.

os seguintes: art. 40, XI, XIV ‘c’, XIV ‘d’; art. 55, III; art. 57, §1º; art. 58, §1º, §2º; art. 65, II ‘d’, §6º e §8º.

Os dispositivos do art. 40 tratam especificamente das seguintes hipóteses: reajuste (inc. XI), atualização monetária (inc. XIV, ‘c’) e da correção monetária (inc. XIV, ‘d’). O art. 55, III, estabelecendo as cláusulas necessárias dos contratos administrativos, reforça o já disposto no art. 40 ao exigir disposição contratual que preveja as condições de pagamento e reajuste.

O art. 57 da Lei de Licitações se refere à duração e aos prazos para cumprimento do contrato administrativo. O §1º assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em caso de prorrogação de prazos de início de etapas de execução, conclusão e entrega. Já o art. 58 garante o princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, desde que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro.

Finalmente, o art. 65 prevê a recomposição de preços (II, ‘d’) e se constitui no dispositivo mais importante da Lei a tutelar o princípio da intocabilidade da equação financeira. Assim, há basicamente quatro figuras distintas identificadas pela Lei 8.666: reajuste, atualização monetária, correção monetária e recomposição. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “*todas as figuras têm o mesmo fundamento mas não a mesma natureza jurídica*”.¹³⁵ O fundamento, obviamente, é o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. O tratamento jurídico distinto das hipóteses permite que se cumulem duas ou mais figuras em um mesmo contrato.

Por seu turno, a Lei 8.987 também garante de maneira expressa o equilíbrio econômico, especialmente nos arts. 9º, 10, 18, VIII e 23, IV. Os dois últimos dispositivos se referem a disposições essenciais do edital e do contrato, respectivamente, que visam a garantir a presença de cláusulas que definam critérios para o restabelecimento da equação financeira.

O art. 9º é o mais significativo e o que melhor permite a aplicação do princípio. O §2º prevê a possibilidade de que os contratos de concessão

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 558.

tenham mecanismos de revisão de tarifas, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro. O §3º admite o reajuste de tarifas em caso de variação superveniente da carga fiscal. O §4º estatui que haverá restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial em caso de afetação por alteração unilateral do contrato. Ao comentar o art. 9º da Lei 8.987, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA observa que *“a alteração das cláusulas referentes aos dados econômico-financeiros dos contrato de concessão ou permissão, quando tanto se faça necessário segundo os termos previstos legalmente, é não apenas uma possibilidade, mas até mesmo um dever da entidade pública”*.¹³⁶

Assim, o princípio da intangibilidade da equação financeira não é mera construção doutrinária. Está garantido em normas constitucionais e legais e é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além das normas expressas prevendo a manutenção da relação entre encargos e retribuições do concessionário, há princípios constitucionais que impõem à Administração a aplicação do equilíbrio econômico-financeiro.

III.4 Configuração do equilíbrio econômico-financeiro

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, a composição do equilíbrio econômico-financeiro deve ser a mais ampla possível. Assim, optam-se pelas expressões *encargos e retribuições* do concessionário para indicar as mais diversas avenças entre as partes.

O parágrafo único do art. 11 da Lei 8.987 dispõe que os valores obtidos com as fontes de receitas alternativas¹³⁷ devem obrigatoriamente ser consideradas para a aferição da equação financeira inicial. Por isso, a doutrina se inclina a admitir que o equilíbrio financeiro abrange todos os encargos impostos ao contratado, ainda que não sejam “deveres jurídicos”. É a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem *“são relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os*

¹³⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, ps. 106 e 107.

¹³⁷ As receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados visam a diminuir o valor da tarifa e, deste modo, desobrigar o usuário de arcar com o valor total da prestação do serviço.

processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc.”¹³⁸

Do mesmo modo, ele conclui que “*todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento*”.¹³⁹

Outros autores adotam semelhante interpretação ampla acerca da configuração da equação financeira. É o caso de DIOGENES GASPARINI, para quem outras fontes provenientes de receitas alternativas – além da tarifa – “*deverão ser consideradas na aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público*”.¹⁴⁰

O argentino ROBERTO DROMI assim relaciona quais os encargos devem ser suportados pelo concessionário: “*la ecuación implica, entonces, el equilibrio de las cargas y obligaciones que debe afrontar el concesionario, las que pueden consistir, además de la realización de inversiones, la prestación de servicios universales básicos, el pago de un canon, etc., en su vertebración con las recíprocas obligaciones y garantías públicas*”.¹⁴¹

Assim, MARÇAL JUSTEN FILHO alerta para a impossibilidade de se definir exaustivamente os encargos e retribuições relevantes para o equilíbrio econômico-financeiro. Segundo ele, “*não é possível exaurir seu elenco através de investigações lógico-abstratas, porque decorrem das circunstâncias do caso concreto*”.¹⁴² Por isso, o autor formula uma distinção entre elementos essenciais e acidentais na composição da equação econômico-financeira. Os essenciais seriam encargos e vantagens presentes em todas os contratos administrativos, de um modo geral. Já os acidentais integrariam a contratação de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Deste modo, em cada concessão haverá fatos relevantes para o equilíbrio econômico-financeiro, que não somente a quantia de dinheiro devida ao concessionário ou o valor da tarifa cobrada dos usuários do serviço público.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 498.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, *ibidem*.

¹⁴⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 302.

¹⁴¹ DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*, p. 234.

¹⁴² JUSTEN FILHO, M. Parecer inédito de agosto de 2002, p. 18.

A admissão de que todas as vantagens e todas as obrigações relevantes integram a composição da equação financeira acarreta duas consequências. A primeira é que qualquer modificação ou variação extraordinária em uma prestação que possa ser identificada como encargo ou benefício – e que gere a alteração dos resultados econômicos previstos - ensejará a obrigatoriedade de recomposição do equilíbrio. Por decorrência, a segunda conclusão é que o reequilíbrio poderá incidir também nessas questões relevantes. Isso significa afirmar que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro não se dá exclusivamente pela revisão do preço da tarifa. A readequação da equação econômica pode se dar também através da prorrogação do prazo da concessão ou da redução de investimentos, por exemplo.

III.5 Hipóteses de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro

A ruptura do equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público ocorre quando há alteração dos encargos ou variação dos benefícios originalmente pactuados. Ou seja, trata-se de uma situação meramente fática. Verifica-se a quebra da equação no momento em que as condições econômico-financeiras sofrem modificações. Assim, deve-se proceder uma análise comparativa entre a relação estabelecida no momento da contratação administrativa e a situação de fato durante a prestação do serviço público. Na locução de MARÇAL JUSTEN FILHO, *“a quebra do equilíbrio consiste em divergência entre as projeções originalmente elaboradas pelas partes e a realidade verificada durante a execução do contrato”*.¹⁴³

Porém, não é qualquer acréscimo de encargos ou redução de benefícios que ensejará o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. É preciso que essa alteração seja extraordinária. Os prejuízos comuns, inerentes ao empreendimento, devem ser arcados pelo concessionário.¹⁴⁴ Esse é o próprio sentido da concessão de serviço público, na qual o particular assume a prestação

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de setembro de 2002, p. 26.

¹⁴⁴ É o que ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *“não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojarse em empreendimentos econômicos”*. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 659).

do serviço “por sua conta e risco”.¹⁴⁵ Os riscos vulgares e previsíveis integram a chamada *álea ordinária* do contrato administrativo. Nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “*as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na idéia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário*”.¹⁴⁶ Assim, segundo CAIO TÁCITO, é o concessionário quem deve arcar com os prejuízos decorrentes de flutuações naturais na gestão dos negócios, bem como suportar os insucessos previsíveis e temporários.¹⁴⁷

Somente as hipóteses abrangidas pela *álea extraordinária* é que são capazes de invocar a recomposição do equilíbrio econômico. É o que ensina LUCIA VALLE FIGUEIREDO: “*os ônus decorrentes de álea extraordinária não devem ser suportados apenas pelo contratado, uma vez que o objeto contratual vai ser usufruído pela coletividade*”.¹⁴⁸ Em classificação proposta por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁴⁹, as *áleas extraordinárias* se subdividem em *álea administrativa* e *álea econômica*. A primeira corresponde ao dever-poder de modificação unilateral da Administração (*ius variandi*), ao fato do príncipe e ao fato da Administração. Já a *álea econômica* possibilita a aplicação da teoria da imprevisão. Com uma ou outra ressalva, a doutrina brasileira adota as mesmas hipóteses de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro.

a) Álea administrativa: modificação unilateral do contrato

As modificações unilaterais das cláusulas contratuais por parte da Administração Pública usualmente causam a quebra da equação financeira. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “*no caso de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente, não há dúvida de que por ela*

¹⁴⁵ Ver *supra*, p. 24.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, ps. 93 e 94.

¹⁴⁷ TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 200.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 481.

¹⁴⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*, ps. 255 e 256.

responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido".¹⁵⁰ Tal hipótese é amplamente aceita pela doutrina¹⁵¹ e está expressamente prevista na legislação (art. 9º, §4º da Lei 8.987 e art. 65, I da Lei 8.666).

b) Álea administrativa: fato do príncipe

O fato do príncipe corresponde à hipótese de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro causada por *"medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença"*, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.¹⁵² De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, apenas as medidas de ordem geral da Administração, relacionadas apenas indiretamente ao contrato, é que configuram a hipótese de fato do príncipe.¹⁵³ CARLOS ARI SUNDFELD é claro quando afirma que *"quaisquer disposições normativas cujo surgimento repercuta comprovadamente nos preços, bem como quaisquer outros encargos criados, alterados ou extintos após sua fixação, dão ensejo à revisão da remuneração"*.¹⁵⁴

c) Álea administrativa: fato da Administração

Por fim, tem-se o fato da Administração como integrante da álea administrativa. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *"o fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque desequilíbrio econômico"*.¹⁵⁵ Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, trata-se de violação contratual por parte da Administração.¹⁵⁶

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 94.

¹⁵¹ Por todos, confirmam-se as seguintes obras: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 583; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 568; SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 242.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 583.

¹⁵³ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*, p. 257.

¹⁵⁴ SUNDFELD, C. A. *Idem*, p. 243.

¹⁵⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública*, p. 96.

¹⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 585.

d) Álea econômica: teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão, desenvolvida na França¹⁵⁷, também foi amplamente difundida na doutrina brasileira. HELY LOPES MEIRELLES conceitua a teoria da imprevisão como consistindo no “*reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes*”.¹⁵⁸

O art. 65, II, ‘d’ da Lei 8.666 também prevê o restabelecimento da equação financeira pela teoria da imprevisão, acrescentando ainda a hipótese de sobrevirem fatos previsíveis, porém de consequências imprevisíveis. Uma vez que os prazos de concessão são usualmente longos, é comum a ocorrência de eventos capazes de alterar a equação financeira.

e) Força maior e caso fortuito

A ruptura da equação financeira pode ocorrer também em decorrência de força maior ou caso fortuito. Embora HELY LOPES MEIRELLES distinga as duas hipóteses, a maior parte da doutrina não o faz. Assim, segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a força maior possui os mesmos elementos da teoria da imprevisão (fato superveniente, excepcional e imprevisível, alheio à vontade das partes e causa de desequilíbrio muito grande no contrato), mas se diferencia desta porque há “*impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato*”.¹⁵⁹ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, as causas de força maior não se referem exclusivamente aos eventos da natureza (enchentes, terremotos etc.), abrangendo também as ocorrências e processos sociais (encerramento das atividades de um determinado fornecedor).¹⁶⁰

f) A distinção entre o direito francês e o brasileiro

Assim, são essas as hipóteses de ruptura de equilíbrio econômico-financeiro usualmente referidas pela doutrina. Porém, há que se alertar para a

¹⁵⁷ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO relata que a teoria da imprevisão foi consolidada a partir do aresto da “*Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux*”, do Conselho de Estado francês, de 30.3.1916. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 261).

¹⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 230.

¹⁵⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 262.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 501.

peculiaridade do regime brasileiro em relação ao francês, principal origem dos institutos acima referidos. Conforme noticia MARÇAL JUSTEN FILHO, “ao contrário do que se passa na França, o Direito brasileiro não comporta diferentes soluções para as hipóteses de desequilíbrio”.¹⁶¹ No Brasil, a recomposição é sempre integral, não importando a causa responsável pela ruptura. Segundo o autor, esse tratamento jurídico uniforme conferido pelo art. 65, II, ‘d’ da Lei 8.666 é razão que “dispensa a necessidade de diferenciação entre as hipóteses causadoras da quebra da equação”.¹⁶²

O entendimento é compartilhado por CARLOS ARI SUNDFELD, para quem “na norma do art. 65-II-d o estatuto englobou todas as hipóteses de desequilíbrio, inclusive as que não foram especialmente contempladas em outros preceitos. Por ela, determinou-se a revisão sempre que rompido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.¹⁶³ Desta forma, o relevante é identificar e comprovar o desequilíbrio da relação entre encargos e vantagens, independentemente se a origem foi fato do príncipe, alteração unilateral das cláusulas contratuais ou teoria da imprevisão.

III.6 Proteção concreta à equação econômico-financeira

O princípio da intangibilidade da equação financeira impõe a existência de mecanismos adequados a garantir a manutenção da relação entre obrigações e retribuições pactuadas na concessão de serviço público. Assim, a atuação da Administração Pública está vinculada ao disposto na Constituição (art. 37, XXI) e nos textos legais (especialmente nas Leis 8.666 e 8.987). Isso representa a obrigação do Poder Público em restabelecer a equação financeira quando verificada sua ruptura, bem como a vedação à modificação unilateral do contrato sem que haja fundamentos pertinentes à realização do interesse público.

Assim, a proteção concreta à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se traduz basicamente em atitudes de duas ordens. A primeira poderia

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de dezembro de 2001, p. 22.

¹⁶² JUSTEN FILHO, M. Parecer inédito de dezembro de 2000, p. 15.

¹⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 244.

se denominar de preventiva, abrangendo vedações ao Poder Público e medidas acautelatórias. A segunda seria repressiva, no sentido de que apresenta soluções efetivas para a reparação do desequilíbrio da equação financeira uma vez detectada sua ruptura. Em classificação proposta por MARÇAL JUSTEN FILHO, há quatro espécies de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no direito brasileiro: a recomposição de preços, o reajuste de preços, a atualização financeira e a correção monetária.¹⁶⁴ A primeira hipótese trata-se de modalidade repressiva; as demais compõem as soluções ditas preventivas.

A proteção preventiva tem origem sobretudo no sistema do direito norte-americano. Segundo CAIO TÁCITO, a configuração do princípio do equilíbrio econômico-financeiro nos Estados Unidos não é exatamente idêntica da proposta no direito francês.¹⁶⁵ O direito norte-americano possui diversos mecanismos de controle que visam a evitar a quebra da equação financeira. Existe uma regulação permanente do valor praticado nas tarifas e dos encargos suportados pelo concessionário. Assim, em suas palavras, “*o processo da regulamentação efetiva possibilita a prevenção (e não apenas a reparação) da quebra da equação financeira da concessão*”.¹⁶⁶

No Brasil, uma das principais medidas preventivas é o reajuste, inserido em cláusulas dos contratos de concessão de serviço público.¹⁶⁷ Trata-se da previsão contratual consistente em garantir o reajuste de preços durante o prazo de duração da concessão. HELY LOPES MEIRELLES define o reajustamento de preços como “*a medida convencionada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de*

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 151.

¹⁶⁵ TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 227.

¹⁶⁶ TÁCITO, C. *Idem*, p. 230.

¹⁶⁷ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, o reajuste (previsto no art. 55, III da Lei 8.666/93) trata-se de uma solução desenvolvida a partir da prática brasileira, especialmente devido ao regime de permanente inflação. (JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 504).

*execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste”.*¹⁶⁸

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço”.¹⁶⁹ Busca-se garantir desde logo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que os preços serão reajustados à medida em que ocorra a desvalorização, evitando a ruptura da equação e o pleito do concessionário ao reequilíbrio.

Além do reajuste, há duas outras modalidades de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro tipicamente brasileiras: a atualização financeira e a correção monetária. A atualização se refere à compensação ao concessionário em função da inflação genérica acumulada durante o período de prestação do serviço público. Já a correção monetária também trata da atualização dos valores, mas se aplica aos casos de inadimplemento da Administração Pública (por atraso no pagamento, por exemplo). Trata-se, assim como o reajustamento, de medidas preventivas, que constam expressamente no contrato de concessão e cujo objetivo é de evitar a desigualdade entre encargos e retribuições. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, o processo de restauração do equilíbrio econômico-financeiro é simplificado nos três casos, uma vez que já há previsão contratual.¹⁷⁰

Porém, a proteção preventiva da equação financeira compreende outros fenômenos além das modalidades de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. A prevenção é obtida através de vedações ao Poder Público e de intensificação da atividade regulatória do Estado.

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA assim expressa as vedações à Administração Pública:

¹⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 210.

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 593.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*, p. 152.

“Há que se sublinhar, todavia, que, a par de ser um dever quando se constatar a hipótese legalmente prevista de instabilidade da equação econômico-financeira, essa mesma condição constitui um limite à atuação pública, pelo que, inocorrendo ela, ainda que tenha vontade o agente público, não pode ele alterar o contrato, no qual se tenha formalizado a concessão ou permissão, a fim de se promover uma modificação nos rendimentos do capital investido pelo particular”.¹⁷¹

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a intocabilidade da equação financeira *“estabelece um limite negativo (proibição): à Administração é vedado adotar interpretação da lei ou do contrato que acarrete ônus especial ao contratado (particular) na execução do contrato ou suprima a viabilidade econômica do empreendimento do particular”*.¹⁷² Assim, a intangibilidade da equação econômico-financeira implica também em uma proibição ao Estado. A Administração não pode causar o desequilíbrio financeiro sem que haja motivos sérios e pertinentes com vistas à realização do interesse público.

Finalmente, a ampliação da atividade regulatória do Estado – especialmente com a criação das Agências Reguladoras – permite o estabelecimento de diversos mecanismos capazes de reforçar a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro. Uma das principais dificuldades com que os concessionários se deparam ao pleitear o restabelecimento da equação financeira é a morosidade e falta de iniciativa do poder concedente.

Nesse sentido, a existência de órgãos independentes, como as Agências Reguladoras, destina-se a diminuir os riscos da concessão e a permitir a adoção de práticas imediatas com o fim de evitar a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro. Em certo sentido, trata-se de modelo inspirado no direito norte-americano, no qual há uma intensa atividade de regulação e acompanhamento permanente da relação entre encargos e retribuições do concessionário.

Além disso, conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, *“a solução regulatória propicia a ampliação da autonomia empresarial e o*

¹⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 107.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de dezembro de 2000, p. 17.

desaparecimento de planejamento centralizado, assegurando o poder de escolha dos agentes privados no tocante aos meios, ainda que acentuando a restrição atinente aos fins”.¹⁷³ Isso significa que o concessionário tem maior poder para planejar a execução do serviço público, assumindo maiores riscos e, conseqüentemente, diminuindo a ocorrência de hipóteses de desequilíbrio da equação.

Porém, uma vez rompido o equilíbrio econômico-financeiro, não resta alternativa à Administração Pública senão promover o seu pronto restabelecimento. Trata-se da proteção repressiva à equação financeira. As soluções de reequilíbrio econômico-financeiro podem incidir em quaisquer dos elementos da equação: elevação das vantagens ou na diminuição dos encargos.

A alternativa mais comum de reequilíbrio consiste na ampliação das vantagens do concessionário. Isso representa o aumento do valor da tarifa ou a prorrogação do prazo contratual, por exemplo.

O acréscimo da remuneração do concessionário ocorre geralmente através da recomposição de preços, figura correspondente em nosso ordenamento às modalidades de previstas no direito universal. Na definição de MARÇAL JUSTEN FILHO, “a recomposição de preços consiste, em termos práticos, em uma revisão das cláusulas contratuais a partir de um amplo exame das circunstâncias existentes no momento em que se definiram as condições contratuais com aquelas verificadas no momento da efetiva execução”.¹⁷⁴

HELY LOPES MEIRELLES explicita as hipóteses em que se deve realizar a recomposição:

“É obrigatória a recomposição dos preços quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela Administração, aumentam os custos ou agravam os encargos do particular contratado, ou quando atos gerais do Governo ou dificuldades materiais específicas passam a onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato, desequilibrando a equação financeira estabelecida inicialmente entre as partes”.¹⁷⁵

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de agosto de 2002, p. 22.

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos*, p. 151.

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 238.

Ou seja, a recomposição é o mecanismo adequado ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em quaisquer das hipóteses de ruptura anteriormente analisadas (fato do príncipe, *ius variandi*, teoria da imprevisão etc.).¹⁷⁶

Entretanto, não é apenas através da recomposição de preços que se pode restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviço público. Há outras modalidades que envolvem ações sobre outros aspectos da concessão, como as obrigações assumidas pelo concessionário. MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que o reequilíbrio pode ocorrer na elevação das vantagens ou na diminuição dos encargos. Nessa última hipótese, o autor cita como exemplos a alteração de cronogramas, a postergação de investimentos e a supressão de obrigações. Segundo ele, “*reputa-se ofensivo ao princípio da proporcionalidade o entendimento ortodoxo e rígido de que as únicas alternativas de recomposição da equação econômico-financeira envolveriam a ampliação das vantagens do concessionário. Essa ampliação de vantagens pode conduzir a resultados extremamente nocivos ao interesse público*”.¹⁷⁷ Assim, LUIZ ALBERTO BLANCHET afirma que “*a revisão contratual pode ter por objeto não somente valores, como também a fórmula de reajuste e/ou seus elementos (índices e/ou coeficientes), e a periodicidade dos pagamentos e/ou reajustamentos, os prazos, etc*”.¹⁷⁸

FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO dá outros exemplos de modalidades alternativas de recomposição, que “*podem passar por uma série de providências que vão desde a redução do ônus a ser pago ao poder concedente, passando pela reprogramação ou redução dos investimentos exigidos ou ainda pela introdução de novas receitas alternativas ao contrato*”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Ver *supra*, p. 41.

¹⁷⁷ Um exemplo de resultado contrário ao interesse público é a exagerada elevação do valor da tarifa, pois isso onera o usuário. (JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de agosto de 2002, p. 50)

¹⁷⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*, p.66.

¹⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – princípio de atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 428.

Em quaisquer dos casos, porém, seja na proteção preventiva ou repressiva, a atuação do Poder Público tem de ser efetiva. As medidas devem ser tomadas assim que comprovado o desequilíbrio, sob pena de se inviabilizar a continuidade da concessão de serviço público pela inviabilidade gerada pela ruptura do equilíbrio econômico-financeiro.

III.7 Interesse da Administração na intangibilidade da equação econômico-financeira

Uma das razões pelas quais se refere à intangibilidade da equação financeira como princípio e não propriamente como direito do concessionário¹⁸⁰ consiste na presença do interesse da Administração. Mais do que em qualquer outra contratação administrativa, na concessão de serviço público há interesses diretos e indiretos do Poder Público em que o equilíbrio econômico-financeiro seja mantido durante a execução do contrato.

Indiretamente, o Estado se beneficia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na medida em que o serviço público continua a ser prestado adequadamente. Em outros termos, caso não existisse o restabelecimento da equação financeira, tornar-se-ia impossível a prestação do serviço pelo concessionário. Como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO, “*exigir-se do particular o cumprimento estrito de contrato submetido a circunstâncias fáticas alteradas pode ocasionar problemas graves ao interesse público, notadamente a necessidade de nova licitação e a interrupção ou redução de qualidade do serviço público prestado pelo particular no desempenho de contrato excessivamente oneroso*”.¹⁸¹ Assim, o princípio da continuidade do serviço público impõe a obrigação de que essas atividades não podem ser interrompidas. Uma vez inviabilizada a concessão em função de desequilíbrio econômico-financeiro, o Estado seria obrigado a assumir a prestação do serviço público. Por isso, interessa à Administração que seja garantida a margem de lucro justo e razoável do concessionário.

¹⁸⁰ Ver *supra*, ps. 34 e 35.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de dezembro de 2002. p. 21.

Além disso, há outro aspecto peculiar na nova configuração da concessão de serviço público. Trata-se da observação de que concessionário e concedente agem como colaboradores, buscando em última instância a consecução do bem comum. FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO destaca que *“o caráter de inegável colaboração que está envolvido numa parceria, em geral, e nas concessões, em particular, torna ainda mais sensível a necessidade de equilíbrio”*.¹⁸² Essa característica de parceria entre o Poder Público e o contratado já fora apontada por CAIO TÁCITO, em 1960, quando afirmava que o empresário particular era chamado a “colaborar” na gestão de um serviço público através do instituto da concessão.¹⁸³

O mesmo entendimento é defendido por MARÇAL JUSTEN FILHO, que afirma que *“a concessão é um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de serviços públicos”*.¹⁸⁴ Segundo ele, a cooperação entre Estado e particular se reflete na busca do interesse comum: a prestação adequada e satisfatória do serviço público, através de tarifa módica. Nesse sentido, o lucro obtido pelo particular não é contrário ao interesse público. O êxito do concessionário gera benefícios à Administração e à sociedade, já que passa a dispor de condições financeiras para investir no empreendimento e melhorar a prestação do serviço público. É o que ensina CAIO TÁCITO, quando afirma que a preservação da estabilidade financeira possibilita a expansão e o aperfeiçoamento do serviço.¹⁸⁵

Por outro lado, a Administração se beneficia diretamente do princípio do equilíbrio econômico-financeiro especialmente em função da ocorrência de dois fenômenos: a redução das propostas dos concorrentes e a impossibilidade de desequilíbrio econômico em prol do concessionário.

¹⁸² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – princípio de atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 419.

¹⁸³ TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, v. 1, p. 212.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de agosto de 2001, p. 11.

¹⁸⁵ TÁCITO, C. Idem, p. 231.

A primeira afirmativa decorre da constatação de que a intangibilidade da equação financeira propicia a oferta de propostas reduzidas pelos concessionários, no sentido de que os custos marginais embutidos no preços são reduzidos. Tal situação é apontada por MARÇAL JUSTEN FILHO, que afirma que *“se os particulares tivessem de arcar com as conseqüências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas”*.¹⁸⁶ Ou seja, os concorrentes incluiriam desde logo em suas propostas os valores atinentes a cobrir possíveis riscos, que não seriam arcados pela Administração Pública. Quanto maiores fossem os riscos, mas elevados seriam os preços. O mesmo autor esclarece o sentido do princípio da intangibilidade da equação: *“ao garantir o particular contra os riscos provenientes da eventualidade das circunstâncias futuras, o direito garante que a Administração Pública não será assujeitada a propostas que englobem, em seu bojo, verbas destinadas a compensar eventos futuros e incertos”*.¹⁸⁷

Assim, produzir-se-ia uma situação de grande prejuízo ao Poder Público, que passaria a arcar com os eventos imprevisíveis desde a assinatura do contrato. Seria uma espécie de aposta: se os eventos viessem a ocorrer e causassem prejuízo abaixo do esperado, teria ocorrido um desperdício do dinheiro público. A vantagem só ocorreria quando os prejuízos de fato fossem acima do esperado, fazendo com que o concessionário assumisse o ônus. Por isso, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro garante solução justa e razoável para ambas as partes. Trata-se de um mecanismo que visa a composição dos prejuízos na medida em que eles ocorrem.

A Administração Pública possui também interesse direto no equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviço público em razão de que os efeitos do instituto incidem também em seu favor. Assim, a intangibilidade da equação financeira garante não somente a impossibilidade de redução da relação entre encargos e retribuições, mas também a vedação à sua ampliação. Ou seja, o concessionário não pode ser beneficiado por eventos

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, ps. 499 e 500.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos*, p. 149.

imprevisíveis que venham a diminuir extraordinariamente seus encargos ou então que venham a gerar uma receita extraordinária. Essa hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro em prol do concessionário é pouco mencionada pela doutrina em função da raridade com que ocorre. MARÇAL JUSTEN FILHO admite o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro nesses casos: “*a idéia de recomposição de preços aplica-se tanto ao caso em que a situação do particular é especialmente agravada quanto aos casos em que for especialmente beneficiada*”.¹⁸⁸

Somente poderá haver restabelecimento da equação financeira em favor da Administração quando os ganhos do concessionário forem extraordinários, derivados de situações imprevisíveis. Tais situações podem ocorrer em caso de deflação ou de redução excepcional de custos, por exemplo. O princípio da igualdade impõe o reequilíbrio em quaisquer dos casos, seja em favor do concessionário, seja em favor da Administração. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “*se os eventos extraordinários ampliam os benefícios e vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições e reduzir seus próprios encargos, para impor a manutenção da situação original*”.¹⁸⁹

Tal entendimento é decorrência direta do princípio da isonomia, que impede que circunstâncias imprevisíveis possam beneficiar uma das partes em detrimento da outra. Assim, em face da Constituição não se pode admitir que o concessionário amplie seu lucro em virtude de eventos imprevisíveis ou imprevistos.

Ressalte-se, porém, que não são todos os casos de ampliação de vantagens do particular que ensejam o reequilíbrio. O concessionário explora o serviço público “por sua conta e risco”, conforme visto. Assim, os ganhos inerentes ao empreendimento devem ser garantidos ao contratado. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aborda essa questão e conclui do seguinte modo: “*se o concessionário obtiver ganho de produtividade ao longo do contrato, que promova significativa queda nos custos do serviço, poderá haver*

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer inédito de julho de 1999, p. 9.

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, M. Parecer inédito de dezembro de 2000, p.13.

*revisão contratual? Em princípio, a resposta seria negativa, a não ser que a revisão esteja prevista no contrato. Também não seria possível, nesse caso, a aplicação das teorias das âleas extraordinárias, pois não se trata de circunstância excepcional”.*¹⁹⁰ Pela mesma razão que deve arcar com os prejuízos comuns, inerentes ao empreendimento, o concessionário também deve ser beneficiado pelo lucro obtido em face de seu esforço e competência na exploração do serviço.

Desta forma, a recomposição da equação financeira em prol da Administração requer os mesmos requisitos da que mais comumente ocorre em favor do concessionário. Os eventos modificadores do equilíbrio econômico-financeiro devem estar enquadrados na âlea extraordinária, sem o que não é devido o restabelecimento da relação inicial entre encargos e benefícios.

CONCLUSÃO

O equilíbrio econômico-financeiro desenvolveu-se sobretudo em função das concessões de serviço público. No Brasil, de modo especial, adquiriu uma configuração de proteção maior ao concessionário do que o instituto proveniente do direito francês. Trata-se, assim, de princípio inerente à concessão de serviço público. Como tal, deve incidir nas demais normas que regulam essa espécie de contratação administrativa, no sentido de que elas não podem conter disposições aviltantes à manutenção da relação entre encargos e retribuições do concessionário.

Sua aplicação reflete, sob certo ângulo, uma maneira de conjugar os interesses público e particular. Ainda que esses interesses não sejam completamente antagônicos – como visto, a colaboração é uma característica marcante da configuração da concessão –, não se pode negar que o fim imediato almejado pelo particular é o lucro. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro tutela, por um lado, o interesse do concessionário. O compartilhamento dos

¹⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das Agências Reguladoras”. In: *O controle externo da regulação de serviços públicos*, p. 60.

riscos constitui-se em uma condição sem a qual dificilmente algum particular se disporia a assumir a posição de concessionário. Além disso, a intangibilidade da equação financeira permite ao concessionário a organização de seus investimentos, na medida em que não está sujeito a arcar com os prejuízos extraordinários, frutos de eventos imprevisíveis – sejam eles quais forem, desde que relevantes a ponto de gerarem a ruptura do equilíbrio.

Por outro lado, o equilíbrio econômico-financeiro decorre do princípio da supremacia do interesse público. Protege os interesses também da Administração Pública, não só do concessionário. Primeiro porque permite que os particulares ofereçam propostas mais vantajosas, uma vez que excluem os custos marginais. Depois, o instituto da intangibilidade da equação financeira produz efeitos bilaterais. Isso significa que deve haver o reequilíbrio em prol do Poder Público quando se verificarem casos de ampliação de vantagens ou redução de encargos extraordinários. Embora se configure rara, essa hipótese deve ser considerada ao se tratar do equilíbrio econômico-financeiro.

Finalmente, o equilíbrio econômico-financeiro também tutela o interesse dos usuários de serviço público. Embora não exista uma proteção explícita, os efeitos do princípio geram benefícios que se traduzem na adequação do serviço público e na modicidade das tarifas. A existência dos mecanismos de reequilíbrio da relação encargos - benefícios impede a paralisação da prestação do serviço, em consonância com o princípio constitucional de continuidade dos serviços públicos. Além disso, a garantia de remuneração justa e razoável ao concessionário lhe dá condições de investir na melhoria da prestação dos serviços, atendendo aos interesses do usuário. A modicidade das tarifas é garantida no sentido de que existem inúmeros mecanismos de recomposição da equação, podendo-se alterar outras condições regulamentares do contrato.

Não restam dúvidas que o art. 37, XXI da Constituição Federal se refere ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, albergado constitucionalmente, esse princípio deve ser interpretado da maneira mais ampla possível, buscando ao máximo a realização do bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

ANDRADE, Luciana Queiroz de (Org.). *Decisões e pareceres sobre pedágio*. São Paulo: ABCR, 2002.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Parecer inédito de junho de 1998. São Paulo, 24 f.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. “Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público”. *Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, ps. 221-240, 1991.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan R. “El régimen constitucional de los servicios públicos en Venezuela”. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL, IV, 2002, Curitiba. *Serviço Público: um conceito em transformação?* Disponível em: <<http://www.bidding.com.br>>. Acesso em: 2 out. 2002.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL, IV, 2002, Curitiba. *Serviço Público: um conceito em transformação?* Anotações das palestras.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. “O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das Agências Reguladoras”. In: *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002, ps. 53-65.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANÇA. Conselho de Estado. *Compagnie générale française des tramways*. Relator: Conselheiro Léon Blum. 21 mar. 1910. Disponível em: <<http://www2.univ-lille2.fr/droit/cdp>>. Acesso em: 15 set. 2002.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. “Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos”. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, ps. 61-68.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “O poder de modificação do contrato administrativo”. Curitiba, 2002, 376 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. Parecer inédito de julho de 1999. Curitiba, 27 f.

_____. Parecer inédito de dezembro de 2000. Curitiba, 42 f.

_____. Parecer inédito de janeiro de 2001. Curitiba, 41 f.

_____. Parecer inédito de julho de 2001. Curitiba, 57 f.

_____. Parecer inédito de agosto de 2001. Curitiba, 76 f.

_____. Parecer inédito de dezembro de 2001. Curitiba, 58 f.

_____. Parecer inédito de agosto de 2002. Curitiba, 66 f.

_____. Parecer inédito de setembro de 2002. Curitiba, 73 f.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – princípio de atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração”. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 22, 1998, ps. 105-123.

_____. “Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão”. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, n. 7, ps. 415-428, jul. 2002.

MEDAUAR, Odete (Org.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord.). *Direito do Estado: novos rumos*. t. 2. São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLIVEIRA, Roberto Guena de (Coord.). *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE/USP, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. “Reajustamento de preços nos contratos administrativos”. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, 1988, ps. 79-87.

_____. “O saneamento básico e sua execução por empresa estadual”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, n. 5, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2002.

TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. “Concessão de serviço de transporte aéreo – equilíbrio financeiro”. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 16, 1996, ps. 67-70.